

APUNTES SOBRE LA NULIDAD DOCUMENTAL EN EL DERECHO NOTARIAL NICARAGÜENSE

(A PROPÓSITO DEL CENTENARIO DE LA LEY DEL NOTARIADO)

LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO

Profesor Principal y Titular de Derecho Notarial
Facultad de Derecho, Universidad de La Habana

1. Aproximación al concepto de nulidad formal. Necesaria distinción entre la nulidad sustantiva y la nulidad formal. La demanda al notario autorizante en supuestos de nulidad formal como un requerimiento indispensable para que quede válidamente constituida la relación jurídica procesal.

Prima facie, como sostiene un sector mayoritario de la doctrina, la nulidad implica la inaptitud del documento notarial para causar las consecuencias jurídicas que, en condiciones ordinarias, está destinado a procurar.

La nulidad formal o instrumental incide o afecta el continente del negocio jurídico. Si partimos del presupuesto de que el notario es el autor intelectual del instrumento, las causales de nulidad, en este orden, están estrechamente vinculadas con la figura del notario, esto es, como ha dejado dicho la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua en Sentencia de 21 de mayo de 1925 (Ref. B.J. pp. 5013-5014): "... se hace consistir en defecto de forma, por omisión de esas solemnidades exigidas por la ley", o sea, "La nulidad se produce por irregularidades de fondo o deficiencia del acto respecto a requisitos que la ley establece como necesarios para su existencia o validez" (Sentencia de la propia Corte de 21 de marzo de 1925 (Ref. B.J. pp. 4864-4868).

La nulidad formal implica la vulneración de las regulaciones o principios que informan la constitución del instrumento notarial o, en todo caso, que atentan contra la imparcialidad del funcionario fideifaciente (vid. artículo 43, inciso 4º de la Ley del Notariado en relación con artículo 2372 del Código Civil). Su declaración judicial pudiera conllevar implicaciones de diversa índole en el actuar del notario, por quebrantamiento de las normas deontológicas de su profesión, o incluso,

podría tratarse de un supuesto de responsabilidad civil o hasta penal del notario autorizante. Tal declaración judicial, da al trate con el continente o envoltura formal del hecho, acto, circunstancia o negocio jurídico instrumentado. Es una patología de la fe pública de mayor entidad, en tanto es incompatible con la vida del documento público.

Respecto de la distinción entre la nulidad formal y la sustantiva, pocos autores como GONZÁLEZ PALOMINO han sabido dilucidarla al concebirlas como patologías padecidas por dos planos diferentes, pero que no obstante se superponen en el instrumento público. Según este autor: "Si el elemento impuro es el negocio, la Jurisprudencia suele decir que el instrumento es nulo, cosa que nos molesta no poco a los Notarios, y que, además, no es verdad. La nulidad del negocio no implica la nulidad de la escritura 'documento del Notario', que incluso puede producir efectos históricos en cuanto al ser y al tiempo, sino la nulidad del negocio (documento de los comparecientes). Implicará sólo que la escritura perfecta y válida se habrá quedado vacía: no servirá para mucho.

Si el impuro es el documento, hay que distinguir según la intensidad de la impureza. En los negocios rigurosamente formales la nulidad del documento lleva consigo la nulidad de la declaración, que no es sin la forma. En los menos rigurosos, cabe la convertibilidad del documento, si la impureza no es muy grande y afecta sólo a la parte de instrumento público dejando limpia la parte de documento privado, y hasta cabe la convertibilidad del negocio en otro menos formal, o de otra forma que esté allí"¹.

En el documento público notarial confluyen los dos planos: el del continente y el del contenido, del primero resulta principal artifice el notario, en su labor de orfebrería, como elaborador del instrumento público, incumbe a la faena de redacción del documento; el otro es atribuible a las partes, principales protagonistas del negocio, ello, si de escritura pública se trata. El documento público notarial no es la suma

¹ González Palomino, *cit. pos* Giménez Arnau, Enrique, *Derecho Notarial*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1976, en nota (7), p. 462. Cabe también acotar la posición en este orden del profesor Hínestrosa quien ha llegado a afirmar: "La escritura pública no se confunde con el acto celebrado por medio de ella, aún en los casos en que imperativamente el acto exija esa solemnidad como parte de su definición. Pese a dicha distinción conceptual y práctica, en el segundo caso la ausencia de escritura conlleva la inexistencia del negocio jurídico, y la nulidad de aquélla determina la de éste, con posibilidades de subsanación o convalidación de la primera con efectos sobre el negocio, o de éste, directamente por la vía de una nueva escritura, y sin perjuicio de la conversión del mismo". *Vid.* Hínestrosa, Fernando, "Ineficacia del acto notarial y del negocio jurídico", en *Infolios*, N° 24, octubre-diciembre 1978, p. 93.

o yuxtaposición de planos, si la confluencia de ellos, tras formar una amalgama perfecta, de todo lo cual el notario es el más genuino creador.

Esto fuerza a decir a NÚÑEZ LAGOS, citado en la doctrina argentina por GATTARI que en el estudio del concepto de escritura pública, como subespecie paradigmática del instrumento público, "surge una diferenciación entre dos planos, mentalmente separables, pero que en el mundo óntico y ontológico constituyen una estructura que se exhibe unificada; el plano del *negotium*, que pertenece al derecho material o sustantivo, civil, comercial y el plano del *instrumentum*, propio del derecho notarial, que es un derecho formal. Es decir negocio e instrumento están recíprocamente interferidos"².

La nulidad en sus dimensiones sustantiva y formal supone la existencia de disímiles patologías, ya en el plano del *actum*, ya en el del *instrumentum*, respectivamente. Empero, la doctrina notarialista ha seguido en este orden un trayecto sinuoso, al intentar volcar, con vanos resultados, a mi juicio, las categorías elaboradas por la dogmática civilista, sobre la inexistencia, invalidez e ineficacia de los negocios y actos jurídicos, a los documentos públicos notariales³.

Debe entenderse que la nulidad de índole formal o adjetiva ha de tener su expresión legal en la ley notarial. Empero, no sucede completamente así en Nicaragua. En efecto, en el artículo 67 de la Ley del Notariado se reconocen los supuestos de nulidad de los documentos públicos notariales, ya escrituras, actas u otros, más en el propio Código Civil también se regulan supuestos de nulidad instrumental, a mi juicio de manera impropia, pues no le compete al legislador civil regular la casuística de la nulidad documentaria, en este orden vid. artículos 2368, 2371, 2372 y 2381, todos del Código Civil, atinentes a esta modalidad de nulidad.

² Núñez Lagos *cit. pos* Gattari, Carlos Nicolás, *Manual de Derecho Notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 74.

³ En este sentido *vid. per omnia*, Emérito González, Carlos, *Teoría general del instrumento público*, Ediar editores, Buenos Aires, 1953, pp. 339-375. Este autor incluye bajo la rúbrica de teoría de las anormalidades instrumentales a los actos nulos, anulables, con nulidad absoluta, relativa, completa y parcial. Y dentro del cuadro propiamente dicho de las anormalidades instrumentales, como les llama, a la inexistencia, la nulidad y la anulabilidad. También utiliza la categoría de instrumentos observables para aquellas escrituras en que no se cumplió algún requisito secundario, sin que tal circunstancia pueda perjudicar en lo más mínimo al instrumento y mucho menos a su contenido, si bien sí conlleva a una sanción disciplinaria para el notario que las autorizó.

Posición ésta que no se sostiene en el ordenamiento jurídico cubano que regula la nulidad sustantiva en el artículo 67 y 68 del Código Civil, en tanto los supuestos de nulidad instrumental tienen su sede en el artículo 16 de la Ley de las Notarías Estatales, aunque también en el 14 de la propia Ley. A este sentir ineluctable se refiere la más reciente orientación jurisprudencial de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo de Cuba, la cual ha venido reiterando la necesaria distinción entre los planos del instrumento público, como presupuesto sine qua non para el correcto encauzamiento de las pretensiones impugnatorias del continente o del contenido documentario.

Con este parecer, la Sala ha intentado corregir la insistida confusión en que suelen incurrir los operadores del Derecho, al pretender impugnar el acto documentado a través de escritura pública, bajo la indebida pretensión de nulidad del instrumento, cuando lo cierto es que lo impuro, como dice GONZÁLEZ PALOMINO es el negocio, más no el instrumento que lo contiene, que solo es el recipiente, distinto al contenido volcado en él.

Como ha sostenido la Dirección de los Registros y del Notariado de España en Resolución de 26 de abril de 1913: *"la declaración de validez o nulidad de los títulos y documentos públicos es atribución que la ley deja integra a la competencia de los Tribunales, y en cada caso concreto éstos decidirán acerca del valor de los mismos y de los actos en aquellos contenidos"* y en igual sentido el inciso ch) y el segundo párrafo del artículo 16 de la vigente Ley de las Notarías Estatales de Cuba. Este último párrafo distingue entre nulidad e invalidez de los documentos públicos notariales. Distinción que por cierto, no ha sido desarrollada, ni por la doctrina científica, ni en los criterios jurisprudenciales del Alto Foro cubano.

De esta manera en su Sentencia N° 71 de 18 de febrero del 2003, Único Considerando, bajo la ponencia de la Acosta Ricart, la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Alto Foro se hace eco de esta posición, al advertirle al recurrente, pretensor en el proceso ordinario de la nulidad de una escritura pública que: *"(...) en puridad la demanda devenía improcedente por resultar desacertada la causa de pedir, pues la pretensión del actor estuvo encaminada a que por parte de la Sala se decretara la nulidad de la escritura pública, desconociendo que en todo caso la misma es solo el documento público redactado y autorizado por notario, cuyo contenido es un acto o negocio jurídico o manifestación de voluntad capaz de crear, modificar o extinguir derechos subjetivos de los interesados en el mismo de lo que debe inferirse que la escritura es la forma, mientras que el acto es el contenido, y por tanto la nulidad de esos documentos públicos solo resulta viable por la existencia de alguna de las causales expresamente*

consignadas en el artículo dieciséis de la Ley cincuenta, Ley de las Notarías Estatales (...)”.

Posición que confirma la propia ponente en su Sentencia N° 219 de 29 de marzo del 2004, Segundo Considerando, en que nuevamente distingue entre nulidad sustantiva y nulidad formal o instrumental, recabando la necesidad de que cuando se invoque la segunda, se haga al amparo del artículo 16 de la Ley de las Notarías Estatales, y no del 67 del Código Civil, precepto que cubre los supuestos de nulidad absoluta o radical de los actos jurídicos. A tal fin dice expresamente la Sentencia que: *“(...) en todo caso estando encaminada (la) demanda a la nulidad de los instrumentos señalados, estaba obligada a demostrar que el instrumento adolecía de alguna de las infracciones contenidas en el artículo dieciséis de la Ley de las Notarías Estatales, no estando presente en el instrumento ninguna de las que recoge el precepto, y por supuesto este habría de ser el sustento legal de la demanda; desde otro orden debe entender que si por el contrario su pretensión hubiere estado encaminada a la nulidad del acto contenido en ambas Escrituras entonces el fundamento legal si hubiera sido el artículo sesenta y siete del Código Civil, en el acápite que hubiere correspondido (...)”*. Extremos que nuevamente confirma la propia ponente en su Sentencia N° 685 de 30 de septiembre del 2004, en su Tercer Considerando al enunciar: *“(...) el instrumento es solo la forma, y su nulidad solo procede por alguna de las causales que expresamente aparecen consignadas en el artículo dieciséis de la Ley cincuenta, Ley de las Notarías Estatales, mientras que otra cosa es su contenido, o sea el acto jurídico en el mismo contenido (...)”*, en la Sentencia N° 20 de 28 de enero del 2005, en su Primer Considerando en que aduce apreciar *“(...) que la demanda adolece de serios defectos en el orden técnico por cuanto, en definitiva se involucran situaciones que tienen que ver con la eficacia del acto, mientras que a su vez se acusan infracciones que se refieren a la eficacia y validez del instrumento, cuando en definitiva la pretensión concreta que se deduce resulta ser la consecuencia lógica de la narración de los hechos y de la fundamentación jurídica que se ha expuesto en la demanda; la misma debe ser clara y precisa y en el caso no aconteció de tal forma, pues de inicio la pretensión se relaciona con la validez del acto y no del instrumento (...)”* y en la Sentencia N° 89 de 17 de febrero del 2005, Único Considerando a cuyo tenor: *“(...) no existe una relación lógica entre la pretensión que se deduce en la demanda y los fundamentos legales en los que la misma se sustentó, pues se pretende la nulidad de la escritura, lo cual en todo caso sólo es posible por concurrir situaciones que invaliden el instrumento de conformidad con el artículo dieciséis de la Ley de Notarías, aspectos a los que no se refiere en la promoción, sin embargo aun y cuando*

pudiera estimarse que en realidad lo interesado es la nulidad del acto jurídico en la misma contenido, en tal caso resultaba obligado hacer mención dentro de los fundamentos legales al artículo sesenta y siete del Código Civil (...)".

Recientemente (Sentencia N° 534 de 29 de julio del 2005, Único Considerando) la misma ponente, por cierto, la que con más énfasis ha estudiado el tema y así lo ha expresado en sus sentencias, refleja que: *"(...) las causas de nulidad referidas al plano del instrumento como tal, o dimensión formal las recoge el artículo dieciséis de la Ley cincuenta del noventa y cuatro (sic), Ley de las Notarías Estatales, mientras que las causas de nulidad referidas al plano o dimensión del negocio, están previstas en el artículo sesenta y siete del Código Civil, (...) mientras que el instrumento es sólo la forma, el negocio es su contenido, por lo que habiendo pretendido concretamente la nulidad del instrumento en todo caso ha de estarse a lo establecido en el artículo dieciséis de la Ley de Notarías, precepto que deja expresamente establecida las causas por las que ello puede declararse relacionado con un instrumento público autorizado por el notario, y en tal virtud debe señalarse que resulta desacertada la consideración de la recurrente, al estimar que la supuesta existencia de relación matrimonial no formalizada entre la persona beneficiada con el testamento y uno de los testigos, resulta causa de la prohibición a que se contrae el artículo treinta de la mencionada Ley de las Notarías, pues en las actuaciones no consta prueba idónea que demuestre que la relación a que se refiere la demanda hubiere sido reconocida judicialmente por Tribunal competente, razón por la que no puede estimarse el grado de parentesco entre heredera y testigo, mientras que en otro orden debe señalarse de errada la fundamentación legal formulada por dicha inconforme en su demanda en cuanto evidentemente señala preceptos del Reglamento de la Ley de Notarías Estatales, el que fuera expresamente derogado por la resolución setenta de mil novecientos noventa y dos, por lo que no existe correspondencia alguna entre los preceptos mencionados, por los que imprudentemente se está imputando al margen de toda ética, una conducta impropia al Notario actuante (...) el reglamento vigente en su artículo treinta y cinco deja establecido tanto el deber del notario de dar lectura al documento notarial, como el derecho de los comparecientes y testigos de leer por sí el instrumento, de donde aun cuando fueren ciertas las alegaciones del otro recurrente, de haber firmado el instrumento sin que se le leyera o se le diera a leer, resulta de su entera responsabilidad haberlo hecho (...)"*.

Criterio que también ha reiterado la Sala en sentencias de otros ponentes como la N° 185 de 15 de marzo del 2005, Tercer Considerando (de González García) quien al declarar SIN LUGAR el recurso de casación interpuesto, reprocha al recurrente que al alegar “(...) *infringido el artículo dieciséis de la Ley de las Notarías Estatales, tampoco puede tener el éxito (...), pues con deficiente técnica la parte recurrente confunde el elemento formal constituido por la escritura en sí misma, como instrumento público, la que no presenta en el caso deficiencias que la invaliden; con el acto jurídico en ella contenido, viciado de nulidad absoluta como con acierto declaró la sentencia interpelada; y con independencia de que por lo resuelto la escritura es en definitiva ineficaz al quedar carente de contenido(...)*”, dejándose claro que con ello “(...) *se salva (...) la responsabilidad del notario actuante, por cierto indebidamente demandado en el proceso en atención a lo anteriormente expuesto (...)*”. Particular que merece especial atención, pues tratándose de supuestos en los que se invoca la nulidad del acto jurídico contenido en escritura pública no tiene por qué siempre ser demandado el notario autorizante para que quede constituida la relación jurídica procesal, so pena de que se acuse una falta de estado en el proceso ex artículo 233.6 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral de Cuba⁴. Por lo que comparto el criterio que el propio ponente reitera luego en la Sentencia N° 475 de 13 de julio del 2005, Segundo Considerando a manera de obiter dicta: “(...) *la litis versa sobre la ineficacia de acto jurídico contenido en escritura pública, pero no respecto al instrumento público en sí mismo, lo que hace innecesaria la concurrencia al proceso del notario que la autorizó ni de los Registros Centrales como pretende la inconforme, al efecto de ventilar cuestiones administrativas que no trascienden al asunto*”. Posición que ha sido línea jurisprudencial de la Sala, luego reiterada en la Sentencia N° 207 de 31 de marzo del 2006 en su Primer Considerando (ponente Carrasco Casi),

⁴ Y obsérvese que expreso que la presencia del notario no tiene siempre, o en todo caso, ser indispensable para que quede válidamente constituida la relación jurídica procesal. Cabe, de igual manera, que aun cuando se pretenda la impugnación del negocio o acto, no obstante sea indispensable se demande al notario, v. gr. al intentarse una nulidad absoluta bajo los supuestos previstos en los incisos ch) y d) del Código Civil, en los que resulta atinente la intervención del notario actuante en su propia defensa y en la del documento elaborado, pues el cumplimiento de los requisitos establecidos con carácter esencial, o la vulneración de alguna norma prohibitiva pudiera resultarle imputable al notario por quebrantamiento de su actuar, dado que la propia Ley de las Notarías Estatales en su artículo 10 ch) le impone la calificación de la legalidad del acto jurídico, así como de los hechos o actos o circunstancias, para lo cual ha de velar de que éstos cumplan o se ajusten a los requerimientos exigidos para su autorización.

en la que se expresa: "(...) es criterio reiterado de esta Sala de que cuando la litis versa sobre la ineficacia de acto jurídico contenido en un instrumento notarial y no porque sea nulo éste, a tenor de algunas de las causales recogida en el artículo dieciséis de la Ley número cincuenta de las Notarías Estatales, no se ha constituido una relación jurídico procesal que obligue a llamar al proceso al funcionario público otorgante de la Escritura que contiene el acto cuya nulidad se pretende (...)".

En efecto, en sede de nulidades, no siempre resulta indispensable demandar al notario a los fines de que la relación jurídica procesal quede válidamente establecida. En los casos de nulidades formales o adjetivas, siéndole imputable al notario el plano del continente, es lógico que para que prospere la impugnación establecida bajo la cobija de alguno de los supuestos contemplados por el artículo 16 de la Ley de las Notarías Estatales, intervenga en el proceso contencioso incoado, el notario, a diferencia de los casos en los que se denuncia una nulidad negocial, en los que habrá que atender a la causa invocada, para entonces proceder a juzgar como *sine qua non* o no, la presencia del notario autorizante. No se trata de fórmulas preestablecidas, sino de un hecho puramente circunstancial, pues no siempre el notario puede brindar luz para esclarecer lo que aún no le queda suficientemente despejado.

Respecto de la intervención del notario en el proceso impugnatorio de un documento público notarial, resulta ambivalente la doctrina. Hay quienes le atribuyen una intervención adhesiva y simple, en tanto no tiene facultades plenas de parte, resultando su intervención meramente accesoria⁵. En tanto autores argentinos como Pelosi defienden una posición contraria, siguiendo a Rodríguez Adrados, quien sostiene que tal situación compromete sus posibilidades de defensa. Tesis que igualmente defendió González Palomino, sustentado en razones de equidad y de buena fe, a los fines de evitar la indefensión del notario⁶.

⁵ Yáñez Álvarez cit. por Pelosi, Carlos A., *El documento notarial*, Editorial Astrea, 3ª reimpresión, Buenos Aires, 1997, p. 346.

⁶ Al decir de Pelosi, C. A., *El documento...*, cit., p. 349.

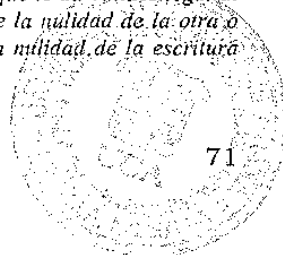
Asimismo el III Congreso internacional del Notariado Latino emitió dictamen en el sentido de "Que sea adoptado el principio de que ninguna acción por responsabilidad podrá ser ejercida contra un notario como consecuencia de oposición a un acto que haya otorgado, sin llamárselo a intervenir en el juicio a fin de permitir salvaguardar eficientemente sus derechos y legítimos intereses, evitándole así, en consecuencia, que se le oponga la autoridad de cosa juzgada como resultado de un juicio al cual no sólo ha permanecido extraño, sino que inclusive ha podido ignorar"⁷.

Por último, cabe significar la incomunicabilidad de las patologías en sendos ámbitos. Egea Ibáñez en uno de los últimos y diría también, sin temor a equivocarme, pocos artículos publicados sobre el tema en España, parte de la distinción entre acto y documento. Defiende la tesis de la incomunicabilidad de las patologías entre ambos estratos, a menos que estemos frente a documentos constitutivos del acto, para lo cual ejemplifica la escritura pública de donación de bien inmueble⁸. Esta posición ha sido defendida también por la jurisprudencia guatemalteca que ha dejado bien delimitada la distinción entre la nulidad sustantiva y la formal⁹.

⁷ Según lo expresa Pelosi, C. A. *op. y loc. cit.* en nota anterior.

⁸ *Vid.* Egea Ibáñez, Ricardo, "Nulidad del instrumento público. Sus clases. Valor del documento notarial nulo por defecto de forma. Subsanación de errores. Falsedad del instrumento público" en Revista *La Notaría* del Colegio de Notarios de Cataluña, N° 3, marzo 1998, pp. 97-110. Con el mismo parecer Ricardo A. Doldán Aristizábal en el dictamen publicado bajo el título "Nulidad de escritura que carece de la firma de alguna de las partes. Su subsanación", en la *Revista del Notariado* del Colegio de escribanos de la ciudad de Buenos Aires, año CIII, octubre-diciembre 2000, pp. 109-111. Igualmente la XXVI Jornada Notarial argentina celebrada en Córdoba, del 3 al 5 de octubre del 2002 en el Tema I dedicado a las "Nulidades instrumentales. Su tratamiento a la luz del acto jurídico. Medios de subsanación" arribó en este orden a dos importantes conclusiones: "5. La nulidad de la escritura pública no ocasiona la nulidad del acto, ni la nulidad del acto ocasiona la nulidad de aquella, salvo cuando el requisito de forma sea esencial para la validez del negocio (forma de ser). 6. Cuando la escritura solo es exigida para producir sus efectos plenos (forma de valer), su nulidad no ocasiona la nulidad del negocio, pudiendo aplicarse en estos casos los arts. 987 y 1185 del C.C." en <http://www.uinl.org/vercongrjor.php4?id=25>, consultada el 8 de mayo del 2004.

⁹ El profesor de la Universidad San Carlos de Guatemala Nery Roberto Muñoz ha recogido en su libro *Introducción al estudio del Derecho Notarial*, s. Ed., Guatemala, 1994, pp. 120-124, los resultados de investigación de otros autores y del repertorio de jurisprudencia que incluye sentencias de la Corte Suprema como la de 7 de octubre de 1961 expresiva de que: "(...) Son aspectos completamente diferentes; en cuanto que el primero (se refiere al contrato) se forma por el acuerdo de voluntades para aceptar y contraer obligaciones; la segunda (se refiere a la escritura) es el instrumento público que le da validez legal al convenio previo. Como corolario la nulidad de una no implica forzosamente la nulidad de la otra o viceversa (...) La nulidad del contrato radica en las partes; en tanto que la nulidad de la escritura depende del notario". La cursiva es nuestra.



2. La nulidad formal o documental y su incidencia en la eficacia del negocio o acto jurídico instrumentado

El documento notarial nulo supone una desarmonía entre el actuar del notario y el deber jurídico que la norma notarial le impone, o sea un desajuste entre el instrumento, tal y como había sido previsto o contemplado por el ordenamiento jurídico, y el instrumento, tal y como fue llevado a cabo en la realidad. Sin embargo, no necesariamente el acto o negocio contenido en dicho instrumento está afectado por el vicio que lesiona la pureza de este último. La afectación del continente, no tiene que dañar inexorablemente el contenido. Ello, en gran medida, dependerá del rol que el ordenamiento jurídico le atribuya a la forma para la perfección y eficacia inter-partes y erga omnes del acto o negocio jurídico.

Si la forma del acto es ad probationem, o si es advertida como mero medio de prueba, se entiende, como arguye Díez-Picazo que el documento se establece y pacta con la única y exclusiva finalidad de facilitar la prueba de la existencia o del contenido de un contrato que se presupone ya celebrado o perfecto con anterioridad, de ello se colige que el acto o contrato es la realidad primaria, preexistente al propio documento, y que al constituir éste un simple medio de prueba de las declaraciones de voluntad de las partes, debe concurrir, en su rol probatorio de la existencia y del contenido de tales declaraciones, con los demás posibles medios de prueba¹⁰. A efectos de nulidad, la vulneración de las normas formales en la constitución del documento notarial, traería consigo la carencia de prueba documental del negocio, pero no la subsistencia de éste en sí, que es perfecto y eficaz, tanto entre las partes como respecto de terceros, con absoluta independencia de la forma que le cobija, cabría entonces la presencia de otros medios como la confesión y el testimonio que podrían concurrir a facilitar la prueba de la fehaciencia de las declaraciones negociales de voluntad, cuya existencia misma es anterior o independiente del documento en que están contenidas.

Si por el contrario, la forma se constituye como elemento formativo del propio negocio, o sea, como componente intrínseco de éste, su destrucción por nulidad, lleva implícita la destrucción del contenido

¹⁰ Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, *Introducción. Teoría del Contrato*, 4ª edición, Civitas, Madrid, 1993, p. 257.

negocial, pues éste, ya ex voluntate, ya ex lege, no se perfecciona y, consecuentemente, no es eficaz sin la forma prescrita por el ordenamiento jurídico o establecida por la autonomía de la voluntad de las partes. Estos actos, denominados en la doctrina, ad solemnitatem, son sancionados por ley, bajo pena de nulidad radical de no cumplimentar los requerimientos formales que el ordenamiento impone o que las partes han añadido, dotándole de un valor esencial. En los actos solemnes, la nulidad de la forma quebranta el valor intrínseco del acto, que sin forma no tiene razón de ser, no son atendidos por el Derecho, v. gr. el testamento notarial (vid. artículo 484 del Código Civil).

Cabría también la posibilidad de que la forma no deviniera como presupuesto de existencia ni de perfección del acto o negocio, sin que, por el contrario, pueda imputársele, en tal supuesto, el valor de simple medio de prueba. Así, el documento no constitutivo pudiera revestir – apunta Díez-Picazo – un presupuesto de eficacia inter-partes del acto¹¹, en esta hipótesis el acto existe ya validamente constituido, no es nulo, sino podrían, de conformidad con el artículo 313 del Código Civil cubano, las partes reclamarse recíprocamente el cumplimiento de esta formalidad posterior para que el acto surta efectos erga-omnes, dado que entre las partes los efectos se dan ab initio, en tanto, pueden exigirse el cumplimiento de tal formalidad, consecuencia derivada del mismo contrato, cuyo presupuesto de existencia y perfección es requisito sine qua non para que las partes se compelan recíprocamente en ejercicio de la facultad de exigir el revestimiento de formalidades. De suerte que, la nulidad formal en estos actos, afectaría también de manera exclusiva, el continente, no así el contenido, dado que, si partimos de la perfección del acto con independencia del recubrimiento de formalidades, la ausencia de éstas, conllevaría a que las partes, al único fin de oponer el contrato frente a terceros, tuvieran de nuevo que revestirlo de las formalidades nulificadas.

¹¹ Díez-Picazo, L., *Fundamentos... I*, cit., p. 257.

3. La nulidad documental en especie en la Ley del Notariado y sus normas complementarias

A diferencia de la legislación cubana, el Derecho Notarial nicaragüense no mantiene plena uniformidad en la regulación de las causales de nulidad instrumental. Ellas se contemplan no solo en la centenaria Ley del Notariado (artículos 28 y 67), sino también en leyes posteriores como la Ley de 28 de mayo de 1913, que en su artículo 1 mitigó la rigidez del artículo 67, cuartel general de la nulidad instrumental, y también en el Código Civil que invadió la regulación de esta peculiar modalidad de nulidad, en mi criterio, fuera del objeto de regulación de un cuerpo normativo como el Código Civil.

3.1. El incumplimiento de solemnidades previstas en la Ley del Notariado y en el Código Civil. El alcance del artículo 1 de la Ley de 28 de mayo de 1913 en sede de nulidad instrumental. Supuestos comprendidos

La primera de las causas de nulidad instrumental tiene un ámbito de aplicación objetivo muy extensivo y a la vez rígido. En efecto, el legislador incluye como supuesto de nulidad el quebrantamiento de las formalidades previstas en la Ley del Notariado, por demás, bastante numerosas. Tratándose de una ley notarial, es lógico que se regulen pormenorizadamente todas las formalidades que el documento público notarial requiere para su perfecta eficacia, en consecuencia, resulta necesario deslindar entre aquellas imprescindibles, de las que no cumplen este requerimiento. Ese cometido cumplió la Ley de 28 de mayo de 1913 que en su artículo 1 aclaró el artículo 67 en la forma en que estaba redactado, de tal modo que excluyó del rango de solemnidad cuyo quebrantamiento conduce a la nulidad del documento público notarial, varios supuestos.

3.1.1. Inexpresión de la concurrencia por sí del compareciente

Se trata del caso en que en la comparecencia del instrumento público, según lo prescrito por el artículo 23.3° de la Ley del Notariado (se nombra aquí introducción) se ha omitido expresar por el notario que el compareciente lo hace por sí, o sea, en ejercicio de sus propios derechos. Tal mención auténtica, de omitirse no es causa de nulidad instrumental. El legislador salva la ausencia con una presunción a su favor: si no se ha expresado en el documento que obra a nombre de otra persona es porque lo hace per se. Suficiente entonces para darle plena eficacia al documento.

3.1.2. No inserción en la matriz, de la copia de la escritura de poder, o de otros documentos habilitantes

El segundo de los supuestos se da: "Por no haberse agregado al Protocolo, ni copiar íntegros los poderes u otros documentos habilitantes, con tal que se copien las designaciones que deben tener la introducción y conclusión según los artículos 23 y 29 Ley del Notariado, y las cláusulas pertinentes".

Tampoco es motivo de nulidad el no haberse agregado al protocolo notarial las copias de las escrituras de poder notarial u otros documentos habilitantes como autorizaciones administrativas o judiciales, siendo suficiente que en el cuerpo del documento se expresen los particulares que a tales fines se exigen, tanto en la introducción como en la conclusión del instrumento (técnicamente en la comparecencia propiamente dicha y en el otorgamiento y autorización), resultando pertinente que el notario de fe de haberlos tenido a la vista para el acto y devolvérselos a los propios comparecientes. Para ello la Ley del Notariado en su artículo 23.3° dispone que el notario autorizante deberá consignar en el instrumento: "... expresión de (la) fecha y nombre del Notario o funcionario que los hubiese autorizado o expedido".

3.1.3. Omisión de las advertencias legales

En tercer orden, tampoco es causa de nulidad el que se hubiere "...omitido la instrucción a que se refiere el número 1° del artículo 29 de la Ley del Notariado".

Dispone el número 1° del artículo 29 de la Ley del Notariado de Nicaragua que, entre otros, la conclusión de una escritura pública contendrá: "Las cláusulas generales que aseguren la validez del instrumento, expresando haberse instruido a los contratantes de su objeto". En este sentido la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en Sentencia de 25 de septiembre de 1945 (Ref. B.J. p. 13005, Cons. I), considerando que: "Es válida la escritura en que el notario no da fe de haber advertido a los otorgantes el valor de las cláusulas que envuelven renunciaciones o estipulaciones implícitas, si dicha escritura no contiene esas renunciaciones", en tanto en Sentencia de 5 de junio de 1948 (Ref. B.J. p. 14277) ha expresado: "la Honorable Sala de sentencia para declarar que la escritura pública impugnada no adolece de los requisitos legales para su validez (sic), consideró en síntesis: a)-que en la escritura..., no se encuentra ninguna de las renunciaciones o cláusulas a que se refiere el artículo 28 de la Ley del Notariado, que versan sobre un objeto concreto, produciendo efectos particulares que sin aquellas renunciaciones o cláusulas especiales,

no surtiría la convención que se celebra todos sus efectos consiguientes, como serían entre otras, la renuncia del beneficio de excusión, que por la ley tiene el fiador; la del derecho de saneamiento en la compra-venta y otras más; por manera que no encontrándose en el instrumento en cuestión ninguna de esas especialidades, no se puede afirmar que el Notario faltó a su deber de hacer explicación alguna a este respecto; b) que aunque la escritura... contuviese las renunciaciones o cláusulas que impliquen renunciaciones..., en ella se encuentran las palabras 'instruí a los interesados acerca del valor y trascendencia legal de este acto', consignadas por el notario y las cuales son suficientes para llenar las finalidades que la citada disposición persigue; y c) que aún en el supuesto de que en dicho instrumento hubiese renunciaciones o cláusulas cuyo valor y alcance, según el precepto mencionado, estuviese el notario en el deber de explicar, la escritura tampoco sería nula, puesto que la ley no exige mención expresa de haber el fedatario cumplido con esa obligación, como lo requiere en otros casos determinados en que impone al cartulario la obligación de hacer constar en el instrumento el haber cumplido con la solemnidad a que no se puede faltar sin incurrir en nulidad, de acuerdo con lo que dispone el artículo 67 de la mencionada Ley del Notariado. Este Supremo Tribunal estima que el Tribunal a quo ha hecho correcta interpretación, en el caso concreto de que se trata, de los Artículos 28 y 67 de la Ley del Notariado".

En fin, la tendencia de la Corte Suprema es la de validar los instrumentos públicos en que no se explicitan las advertencias legales, esto es, "prevenciones que deben hacer los Notarios para que los otorgantes (sic) queden informados sobre la significación y alcance de sus actos y cumplan determinados requisitos posteriores derivados del otorgamiento"¹², no resultando necesario mención expresa de que el notario lo hubiese hecho. En este sentido la posición de la Corte se distancia de lo que ha expresado la doctrina científica y han regulado otros ordenamientos en los cuales sí se exige la advertencia notarial, bien expresada por escrito o al menos de palabra. Al menos así lo exigen los artículos 67 y 82 del Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales de Cuba. Mientras que la Ley de Acompañamiento a la de presupuesto de 2004 de España, exige a los notarios que soliciten información y

¹² Tamayo Clares, Manuel, *Temas de Derecho Notarial*, 5ª edición, Ilustre Colegio Notarial de Granada, Granada, 2001, p. 161.

adviertan expresamente a los comparecientes en los documentos que autoricen sobre las deudas pendientes por el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, asociadas al inmueble que se transmite, sobre el plazo dentro del cual están obligados los interesados a presentar declaración por el impuesto, cuando tal obligación subsista por no haberse aportado la referencia catastral del inmueble, sobre la afección de los bienes al pago de la deuda tributaria y sobre las responsabilidades en que incurran por la falta de presentación de declaraciones, por no efectuarlas en plazo o por la presentación de declaraciones falsas, incompletas o inexactas, ello sólo a modo de ejemplo.

3.1.4. Incumplimiento del orden prescrito ex lege respecto de los elementos integrantes de las partes estructurales del instrumento público

El no haberse cumplido “el orden prescrito en los artículos 23 y 29 de la Ley de Notariado”, tampoco constituirá motivo de nulidad, o sea, la alteración del orden que disponen los artículos 23 para la introducción y el artículo 29 para la conclusión de un instrumento público, ambos de la Ley del Notariado. Al menos ello no conduce a la nulidad del instrumento, lo cual no quiere decir que dicha norma tenga valor dispositivo para los comparecientes. Ha de entenderse que el orden expuesto es el que se refiere a los elementos que internamente integran dichas partes estructurales y no a ellas propiamente dichas, o sea, la intercambiabilidad de la introducción y la conclusión del documento entre sí.

3.1.5. Falta de utilización del papel sellado notarial

“Tampoco es motivo de nulidad, el haberse dejado de usar en los instrumentos el papel sellado correspondiente; pero el Notario será condenado a la multa que la Ley del papel sellado y timbre establece y la parte a quien corresponda deberá reponerlo”.

El artículo 15.11° impone el deber al notario: “A extender todos los documentos y escrituras en el papel sellado que corresponda, con arreglo a la ley y bajo las penas que ella señale”, empero, este apartado del artículo 67 (el 5°), criterio que no comparto, establece que el no uso del mencionado papel no es motivo de nulidad, cuando es lo cierto que ello es una de las garantías de mayor seguridad que brinda la actuación del notario, más que para evitar la propia nulidad instrumental, para impedir un supuesto de falsedad documentaria. Ello no quedaría resuelto con una condena de multa al notario, ni tampoco con una reposición del verdadero papel por la parte a quien le corresponda. Se trataría en todo

caso de la autorización de un instrumento, que fuera del papel sellado notarial, resulta inexistente, a menos que la propia Ley no exigiera requisitos formales respecto del papel a emplear por el notario.

3.1.6. No cumplimentación del orden en que los sujetos intervinientes en el documento público han de estampar sus firmas

El artículo 2 de la Ley de 28 de mayo de 1913, por fortuna, corrigió el gazapo del legislador de la Ley del Notariado contenido en el último párrafo del artículo 29, que inexplicablemente disponía: “El Notario firmará primero, después los interesados, enseguida los intérpretes y por último los testigos instrumentales”, negando el principio de autorización. El notario no firma un instrumento público hasta que no lo hayan hecho todos los presentes en la audiencia notarial. La firma del notario es la expresión gráfica de la autorización notarial, el momento en que se concede verdadera autenticidad al documento, hasta ese instante no es posible hablar de instrumento público. El notario sanciona con veracidad y credibilidad erga omnes el documento público con su firma. Por esa razón el orden debe ser respetado, principiando por los comparecientes, como dispuso el artículo 2 de la Ley de 1913, a quienes indebidamente denomina otorgantes¹³. La alteración de este orden sí que creo pudiera provocar nulidad instrumental, pues la firma del notario tiene necesariamente que ser el colofón de la matriz de cualquier instrumento público, lo que se estampe, después de ella, relativo al contenido del instrumento, sin la firma del notario, es nulo. Por consiguiente, si firma alguno de los concurrentes al instrumento (peritos o testigos) o los propios comparecientes, antes que el notario, tendría el mismo efecto que su inasistencia al acto. El notario habría dado fe del acto, antes de que él estampara su firma, por lo tanto habría autorizado el instrumento, antes de que aquel firmara. No obstante, el legislador notarial asume una posición contraria y en su afán de conservar la eficacia del instrumento no regula tal particular como una situación de nulidad instrumental. Distinta significación tendría, a mi juicio, el que se alterara el orden de los comparecientes, testigos y peritos entre sí, siempre y cuando al final, firmara el notario. Se trataría de un supuesto de corrección del actuar del notario que debió ser riguroso en exigir el

¹³ Esta expresión es propia de quienes comparecen en una escritura pública, pero no de quienes lo hacen en un acta notarial. En tal supuesto son comparecientes, pero no otorgantes, pues en las actas no se instrumentan actos jurídicos, razón por la cual, no se exterioriza manifestación de voluntad negocial alguna, *ergo*, nada se otorga.

cumplimiento del orden en que los sujetos han de firmar el instrumento público¹⁴, pero sin que ello condujera a la nulidad del instrumento.

3.2. Nulidad de documento público por incumplimiento de la regla de ordenación cronológica del protocolo

Los protocolos notariales obedecen en su formación a un estricto orden sucesivo. Esta regla: “Es la expresión documental de la correlación de documentos, como unidades independientes entre sí, dentro del protocolo”¹⁵. Hemos dicho que los documentos públicos notariales se ordenan en el protocolo, de modo cronológico, en orden ascendente. El primer número ha de coincidir en fecha con el primer día hábil del año en que el notario autoriza documentos públicos, o el primer día hábil para el notario que abre en esa fecha su protocolo. Todo documento público protocolizable (puesto que los no protocolizables no cumplen con esta regla) comienza con un número, que indica el que le corresponde en el protocolo de ese notario. “Cada vez que el Notario da número a un instrumento (...) realiza un acto material de formación de protocolo que sirve tanto para separar unos de otros los diversos instrumentos como para facilitar el manejo del protocolo”¹⁶. El artículo 144, primer párrafo, del Reglamento notarial cubano, a tono explicativo dispone: “Una vez extendida la diligencia de apertura, se colocarán los documentos sucesivamente por orden ascendente de numeración, comenzando por el número uno y fecha de autorización”.

Su cumplimiento es irrestricto. Los documentos se numerarán, cualquiera sea su naturaleza, escrituras o actas, sucesivamente, conforme con la fecha de autorización. Si tienen la misma fecha, en el orden mismo en que fueron autorizados. En este sentido debe entenderse el apartado 2º del artículo 21 de la Ley del Notariado nicaragüense cuando expresa: “Que se numeren ordenadamente todas las escrituras y demás documentos protocolizados y se observe rigurosamente el orden de fechas, de manera que un instrumento de fecha posterior no preceda a otro de fecha anterior”, de modo que en la expresión “demás documentos protocolizados”, deberá entenderse incluidas las actas notariales que se ordenan en el protocolo siguiendo este mismo criterio

¹⁴ Aunque la legislación notarial nicaragüense no lo establece expresamente, resulta lógico que los comparecientes, testigos y peritos firmen en el mismo orden en que se nombran en el instrumento público.

¹⁵ Prada González, Joaquín de, “Función notarial y protocolo”, separata de los *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXIX, 1990, en nota (40), p. 218.

¹⁶ Giménez-Arnau, E., *Instituciones*..., II, cit., p. 279.

de ordenación, sin que ellas formen per se un protocolo diferente. Es precisamente el Código Civil el que reconoce como causal de nulidad en su artículo 2368 que: "Es nula la escritura que no se halle en la página del protocolo donde según el orden cronológico debía ser extendida", posición a mi juicio extrema¹⁷, pues por otros medios probatorios pudiera probarse que se trata de una negligencia del notario, objeto de una amonestación o multa, sin que sea necesario convertirla en una causa de nulidad documentaria. Por la nulidad se ha inclinado la Suprema Corte de Justicia en su Sentencia de 27 de noviembre de 1923 (Ref. B.J. pp. 4145-4148, Cons. II) a cuyo tenor la Corte anula una escritura de testamento: "... en vista de (...) que (...) dicho instrumento no corresponde cronológicamente al orden sucesivo que la ley exige en materia notarial, pues por la hora en que aparece autorizado, las diez de la mañana, debe ocupar en el protocolo precisamente el lugar anterior al en que esta el que corresponde al No. 38. Y esta circunstancia convierte en nulo, con nulidad absoluta, el testamento de que se hace mérito por ser de orden público el requisito apuntado de la fecha para garantía de los derechos que los interesados exponen ante el cartulario. Esta nulidad queda establecida conforme a los artículos 2 No. 2º y 67 de la ley del Notariado" y en la Sentencia de 28 de febrero de 1958 (Ref. B.J. p. 18886) al disponer: "Es nula la escritura cuya fecha sea anterior a la de la escritura que la precede, aunque la fecha de ésta haya sido corregida y no salvada", posición que da al traste con el sentido de la Ley de 28 de mayo de 1913, orientada a la conservación de la eficacia del documento público notarial, abandonada esta tendencia jurisprudencial en la Sentencia de 14 de octubre de 1991 (Ref. B.J. p. 184, Cons. II), a cuyo tenor se dispuso que: *"... con la inspección ocular practicada en el protocolo referido, se constató de manera indubitable, que*

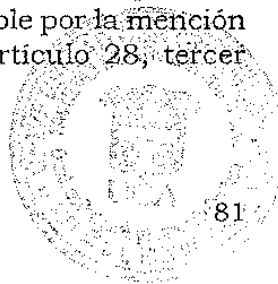
¹⁷ La Dirección de Registros y Notariado de España tampoco ha abogado por la nulidad en tales circunstancias. Da fe de ello la Resolución de 27 de enero de 1934 (Ref. El Derecho, 1934/23) por la que se "... *considera que aunque el error material cometido con la numeración de los protocolos no produce la nulidad del instrumento público, ni influye tampoco en el contenido del mismo, sino que únicamente deja abierta la posibilidad de intercalar indebidamente otras escrituras que por su fecha pudieran afectar o ser afectadas por las posteriores (...)*". Se trataba de un caso en que el Director de Administración del Ministerio de Estado se había dirigido al Ministro de Justicia a través de una comunicación por la que le manifestaba que el Ministro de España en San Salvador, al inventariar el Protocolo notarial de dicha Legación-Consulado, había encontrado en la carpeta del Protocolo corriente, después de los documentos numerados correlativamente y sin interrupción del número 1 al 21, otro señalado con el 32, es decir, pasando once números, y dándose la circunstancia de que el libro de recaudación no acusaba ingreso alguno por este concepto desde la fecha en que se extendió la escritura número 21 hasta la fecha del otorgamiento de la número 32, por lo que rogaba se le dieran instrucciones acerca de si debía salvar ese error en los instrumentos números 32 al 38, o si debía continuar con el número 39.

el notario... actuó con suma negligencia en el manejo del mismo, rompiendo la secuencia de su numeración... tal como lo ordena la Ley del Notariado..., motivo por el cual es de imperiosa necesidad amonestar privadamente al notario..., e imponerle una multa por la cantidad de doscientos córdobas (C\$200.00) a favor del Fisco, la cual deberá ser enterada en la oficina correspondiente" y en la Sentencia de 2 de marzo de 1992 (Ref. B.J. p.49) con similar pronunciamiento, no invalidante de la eficacia de la escritura pública, conforme con la cual se narra: "La doctora..., al rendir su informe... confiesa haber cometido un error involuntario en la numeración de las escrituras de su protocolo, por lo que la referida notario debe ser objeto de sanción, pues es preciso que en aras de la responsabilidad notarial, que el notario público sea ejemplar observante de las leyes que nos rigen; por lo que debe sancionársele con multa de conformidad al artículo 6 del Decreto N° 1618".

3.3. Nulidad por incumplimiento de las solemnidades externas

Reconoce el artículo 2371 del Código Civil nicaragüense que: "Cuando el instrumento no esté concurrido de todas las solemnidades externas que son indispensables para su validez, se declarará nulo en todas sus partes y no en una sola", cabría en primer orden hacer un inventario de todas las solemnidades reguladas en la Ley del Notariado, cuya ausencia provocaría una nulidad *in integrum* del documento público notarial, ello nos daría como resultado que la nulidad a la que el citado artículo se refiere vendría determinada por:

- a- La omisión del lugar, data y hora de autorización del documento (vid. artículo 23.1°).
- b- La omisión del nombre y apellidos de los comparecientes, domicilio, estado y profesión (vid. artículo 23.2°).
- c- La omisión de la fe de conocimiento de los comparecientes, testigos, peritos y demás intervinientes (vid. artículo 23.4°).
- d- La ausencia de presencia física en el momento de la autorización del instrumento de los representantes legales o procuradores en supuestos de comparecencia por representación (vid. artículo 28, segundo párrafo).
- e- La no mención en las escrituras de poder de las facultades especiales que el poderdante confiere al apoderado, insustituible por la mención de los preceptos legales correspondientes (vid. artículo 28, tercer párrafo).



f- La ausencia de la mención auténtica de la lectura del documento público por el notario autorizante en plena audiencia notarial (vid. artículo 29.2°).

g- La ausencia de firma de los comparecientes, intérpretes, testigos según el caso y del notario autorizante (vid. artículo 29.3°).

a- La omisión del lugar, data y hora de autorización del documento (vid. artículo 23.1°).

La necesidad de expresión del lugar y fecha de autorización en el propio documento data desde el Fuero Juzgo. Al decir de CARNELUTTI: *"Todo acto del hombre ocurre en determinadas circunstancias de tiempo y lugar; en cuanto tales circunstancias tengan trascendencia para los efectos jurídicos de aquél, puede ser necesaria o conveniente su prueba; a tal objeto su realización en un determinado lugar o en un determinado tiempo, puede representarse y, especialmente documentarse; esta documentación constituye la data. Llamamos data precisamente a la representación documental o cuando menos a la indicación en el documento de las condiciones de lugar y de tiempo en que el acto ha ocurrido"*¹⁸.

Entre otras razones, el lugar de autorización del instrumento, importa a los efectos de la competencia territorial del notario, en aquellos ordenamientos notariales en que al notario le es atribuida su competencia en razón de determinado territorio. De modo que, en tales circunstancias, no es posible, so pena de nulidad formal del instrumento, su autorización por un notario que no resulte competente, a menos que la ley lo excepcione, como en el caso de la Ley cubana que en su artículo 11, inciso a), en relación con el inciso c), lo prevé para aquel documento autorizado en circunstancias excepcionales o en inminente peligro de muerte, en que se alza la sanción nulificante, que en condiciones ordinarias, tiene reservada el legislador para los instrumentos autorizados por notarios fuera de los límites de su competencia.

El notario ha de especificar el lugar de la autorización, generalmente coincidente con el lugar en el que tiene su sede, o sea, el espacio físico en que está situada la notaría y ejerce la función pública notarial.. Si autoriza fuera de la notaría en que tiene su sede, lo cual es dable y frecuente, entonces estamos en presencia del constituido, que es la

¹⁸ Cit. por González, Carlos Emérito, *Teoría General del Instrumento Público*, Ediar, Buenos Aires, 1953, p. 197.

autorización notarial de un documento público dentro del territorio en el que tiene fe pública, pero fuera del recinto en el cual tiene su sede. Debe quedar claramente manifestado en el instrumento, bajo su fe. La constitución fuera de sede notarial procede, previo y especial requerimiento o rogación del interesado y puede venir motivada, por imposibilidad física de locomoción de uno o varios de los comparecientes, enfermedad transitoria, ancianidad, naturaleza del hecho instrumentado, propio de las actas, u otras razones que a juicio del notario, sean meritorias de su traslado hacia un lugar ajeno a su notaria.

El lugar también incide en la aplicación de la regla *locus regit actum*, o sea, el cumplimiento de las formalidades del documento se adecua al lugar en que fue autorizado. Según el artículo 13.1 del Código Civil cubano "La forma de los actos jurídicos civiles se rige por la legislación del país en que se realizan".

Respecto de la fecha, esta presupone un juicio de notoriedad ofrecido por el notario en todos los instrumentos públicos autorizados, tanto protocolizables, como no protocolizables (cfr. artículo 123 del Reglamento notarial cubano), y también en las copias (cfr. artículo 139, inciso a), del Reglamento notarial cubano). Es una notoriedad inmanente al propio instrumento. Tiene trascendencia en determinados instrumentos y se concreta con la expresión del día, mes y año de la autorización del instrumento, y con la hora, requisito este último exigido en la Ley del Notariado de Nicaragua, a mi juicio innecesario, salvo en los testamentos, dada su naturaleza esencialmente revocable. Ni qué decir la trascendencia de la fecha para apreciar la capacidad de los comparecientes en los instrumentos públicos y la ley aplicable.

Por regla general, los actos y hechos contenidos en los documentos públicos notariales no han de autorizarse bajo términos perentorios, podría darse, no obstante ad ex. en las actas de requerimiento o de notificación, para esta última lo prevé el artículo 90, primer párrafo in fine, del Reglamento notarial cubano, en relación con el artículo 89, inciso a) del propio cuerpo legal. La fecha también pudiera tener trascendencia v. gr. para interrumpir un término de prescripción, probado a través del respectivo documento público o exigir el cumplimiento de una obligación dentro del término previsto.

Con razón expresa Rodríguez Adrados que tanto la fecha como el lugar son "menciones preliminares a la comparecencia" "cubiertos (...) por la fe pública; pero el Notario tiene libertad de redacción, libertad en la

manera de consignar tales requisitos, sin someterse a fórmula sacramental alguna”¹⁹

b- La omisión del nombre y apellidos de los comparecientes, domicilio, estado y profesión (vid. artículo 23.2º)

Otra formalidad, cuya vulneración, pudiera conducir a un supuesto de nulidad, es la omisión de la identificación de los comparecientes, domicilio, estado y profesión. La necesidad de actualización de la norma exigiría también, por la importancia que merece, la consignación del número de la cédula de identidad. Así, la Ley No. 153/1993 de 27 de enero, Ley de Identificación Ciudadana de Nicaragua, establece en su artículo 1 que la cédula de identidad es el documento que identifica a los nicaragüenses para el sufragio activo y para los demás actos que determina la Ley, entre los cuales cita el artículo 4, inciso g), de la propia Ley, los de naturaleza notarial. Corresponde por tanto, al notario, en el proemio del instrumento, identificar a los comparecientes a través del mencionado documento, de lo cual ha de dar fe en el instrumento como expresión del juicio de identidad que ha de exteriorizar, previo a su autorización²⁰.

La razón de la nulidad instrumental viene dada, sin duda, en que la identificación de los comparecientes es un elemento esencial en la autorización del instrumento público²¹. El prestigio y el crédito institucional y social de la institución notarial están esencialmente fundados en el rigor y la pulcritud de la dación de fe, que otorga a los hechos y circunstancias a los que se refiere una fuerte presunción de veracidad. Entre aquellos y las circunstancias ocupa un lugar de singular relieve el conocimiento de la identidad de la persona que comparece ante el notario para realizar cualquier acto o negocio jurídico.

¹⁹ Rodríguez Adrados, Antonio, “Formación del instrumento público. Validez, eficacia y libre circulación del negocio jurídico así documentado, incluso en las relaciones de Derecho Internacional Privado”, en *Estudios Jurídicos III*, Consejo General del Notariado español, Madrid, 1996, p. 471.

²⁰ No obstante, tómese en cuenta que la Ley Nº 139/1991 de 12 de diciembre, Ley que da mayor utilidad a la institución del notariado regula en su artículo 7 otras vías alternativas, si bien supletorias, para identificar a los comparecientes, a saber: la presencia de los testigos de conocimiento y la posibilidad de que una de las partes pueda identificar a la otra.

²¹ La Dirección de los Registros y del Notariado de España ha expresado en su Resolución de 14 de febrero de 1996 que: *El Notario debe consignar en el instrumento público el nombre y apellidos oficiales de cada persona, que serán en todo caso los que figuran en su documento nacional de identidad, documento público que acredita la auténtica personalidad de su titular, constituyendo el único y exclusivo justificante completo de la identificación de la persona (...) y cuya consignación en los instrumentos públicos notariales es obligatoria (...)*”.

Por ello se ha pronunciado el Tribunal Supremo español en Sentencia de 19 de junio de 1964 en el sentido de que: “El correcto ejercicio de la fe notarial de conocimiento por atribución legal directa, resulta trascendental al quedar fijados con certeza los sujetos intervinientes en el acto y máxime en una sociedad como la actual, en la que la complejidad y proliferación de actuaciones jurídicas resulta notoria (...)”.

En la propia España, la Dirección General de los Registros y del Notariado desde antiguo (Resolución de 27 de diciembre de 1960) viene diciendo que por el valor que la ley atribuye al documento notarial, es la fe de conocimiento²² el acto más trascendental de todos cuantos emite el notario, por ser el presupuesto básico para la eficacia del instrumento público el que quede fijada con absoluta certeza la identidad de los sujetos que intervienen.

Por ello el artículo 23 de la Ley Orgánica del Notariado español dispone que: “los Notarios darán fe en las escrituras públicas y en aquellas actas que por su índole especial lo requieran de que conocen a las partes o de haberse asegurado de su identidad por los medios supletorios establecido por las Leyes y Reglamentos” y el artículo 17 bis de la propia Ley, entre las daciones de fe que establece ha de dar el notario, una de ellas es de la identidad de los otorgantes.

Los órganos corporativos del notariado insisten constantemente en esta obligación, siendo de destacar una circular del Consejo General del Notariado español del año 2003 en que se denuncian los peligros de suplantaciones de personalidad que cada vez se da con más frecuencia, al multiplicarse las relaciones comerciales entre personas desconocidas entre sí y al aumentar sensiblemente la contratación con ciudadanos extranjeros, recomendando una serie de medidas que el notario debe tener presente en el ejercicio de su función.

Lo que sí que me parece descabellado es declarar la nulidad del documento público notarial, sustentado en la ausencia de expresión en el documento del domicilio, estado o profesión del compareciente, factores identificativos de la persona que no siempre son esenciales para el acto o hecho que se instrumenta, subsanable por demás a través de otros medios legales, sin que sea motivo suficiente para privar de eficacia al instrumento.

²² En el entendido hoy de esta expresión como juicio de identidad.

c- La omisión de la fe de conocimiento de los comparecientes, testigos, peritos y demás intervinientes (vid. artículo 23.4º).

Igual consecuencia tiene para el ordenamiento notarial nicaragüense, la omisión de la identidad, si bien expresa la norma “conocimiento”, a pesar de no ser términos sinónimos²³, relativos a otros concurrentes, ya sean testigos, peritos u otros. Si la presencia de estos ha sido esencial para el acto, ya concurran v. gr. como testigos de conocimiento, según artículo 7 de la Ley N° 139/1991 de 12 de diciembre, o como intérpretes, y estos no resultan identificados, se tendrán entonces como no presentes en el acto notariado, y dado que su intervención es solemnidad externa del documento, su incumplimiento causa la nulidad instrumental.

d- La ausencia de presencia física en el momento de la autorización del instrumento de los representantes legales o procuradores en supuestos de comparencia por representación (vid. artículo 28, segundo párrafo).

Cuando el concepto de la intervención de los comparecientes es por representación, no hay dudas que quien concurre al instrumento es el representante (ya legal o voluntario y también en los supuestos de representación orgánica). El compareciente es a la esfera de los hechos, como las partes a la del Derecho. La inmediación es un principio informante de la actuación notarial. El notario tiene que dar fe de identidad y juicio de capacidad de los comparecientes o partes en sentido formal. La fórmula, “ante mí” empleada por el notario en la redacción de los documentos públicos, no tiene un simple valor sacramental, sino es expresión del cumplimiento del principio, lo contrario, supondría atentar a la verdad instrumental. La ausencia de los comparecientes, ya por sí o por representación no es suplible bajo cualquier concepto. Da lo mismo que estemos en presencia de una u otra, el quebrantamiento de la inmediación conlleva inexorablemente al rompimiento de la unidad de acto formal, presupuesto también de la dación de fe notarial.

²³ Realmente el término apropiado es identidad pues hoy día los notarios no pueden dar fe de conocimiento de personas que se limitan a identificar con su cédula. Para Blanquer –cit. por Rivas Martínez, Juan José, *El Testamento Abierto otorgado ante Notario después de la Ley de 20 de diciembre de 1991*, 1ª edición, Dykinson, Madrid, 1993, p. 28, en nota (2), el conocimiento de una persona implica individualizar según la personalidad con la que usualmente es conocida, lo esencial es la convicción subjetiva de conocimiento personal. Y ello no siempre se puede lograr en una sociedad moderna en que el notario tiene que atender a cientos de personas residentes en megaciudades.

e- La no mención en las escrituras de poder de las facultades especiales que el poderdante confiere al apoderado, insustituible por la mención de los preceptos legales correspondientes (vid. artículo 28, tercer párrafo).

Un supuesto de nulidad instrumental estaría dado por la no mención en una escritura de poder del contenido de las facultades conferidas por el poderdante al apoderado. Lógico, tratándose de una escritura en la que se instrumente el negocio de apoderamiento, cuya finalidad es la concesión de facultades de representación al apoderado, el notario autorizante para que la escritura sea eficaz frente a terceros y constituya título de legitimación del apoderado que le justifique entrometerse en la esfera jurídica del poderdante, con plena eficacia para el patrimonio de éste, ha de ser celoso guardián del contenido de las cláusulas de la escritura, no resultando suficiente que se limite a expresar los preceptos legales amparadores de la concesión del apoderamiento, sino los actos concretos para los cuales se conceden facultades representativas.

f- La ausencia de la mención auténtica de la lectura del documento público por el notario autorizante en plena audiencia notarial (vid. artículo 29.2º).

Todo instrumento público, ya sea escritura o acta, ha de ser leído por los comparecientes, de modo que solo cuando éstos queden enterados de su contenido, podrán estampar sus firmas, expresión de su aquiescencia con lo dicho y narrado por el notario autorizante y muy en especial con las declaraciones negociales de voluntad que le son atribuidas (en sede de escrituras). Solo a través de la lectura, los comparecientes, testigos y demás concurrentes, quedan enterados del contenido del instrumento, en el supuesto de que entiendan y conozcan el idioma en que está redactado el documento.

La lectura supone dos extremos de suprema importancia, a saber: la indicación en el instrumento público de un hecho real e histórico: el haber leído el instrumento y por consecuencia, darse por enterado de su contenido y la constancia formal, instrumental, mención auténtica, por ser atribuida al notario, indispensable para la propia eficacia documental, de haber leído el instrumento. La lectura pertenece al plano del dictum. Es el notario quien, bajo su fe, como hecho auténtico, hace constar en el documento el hecho de la lectura del documento per se a los comparecientes, testigos y demás concurrentes o, en su defecto, de la practicada por él mismo frente a ellos.

Las pautas instrumentales de la lectura del documento público como solemnidad están reguladas en el artículo 29.2 de la Ley del Notariado, a saber:

¿En qué momento procede?

En el otorgamiento cuando se trate de escrituras públicas. En sede de actas, aunque no hay propiamente otorgamiento, ésta igualmente se requiere, lo cual se hará, previo a la autorización. En todo caso, en plena audiencia notarial, al menos así se colige de lo formulado en el citado precepto legal.

¿A quién le corresponde?

La Ley del Notariado utiliza una fórmula demasiado conservadora al exigir que esta proceda por el notario. De lege ferenda la lectura, en principio ha de corresponderle a los comparecientes, testigos y cualquier otro interviniente en el instrumento, sin distinción. Para ello el notario debe advertirles del derecho que tienen de leer por se el instrumento público, de lo cual ha de dar constancia en el propio documento, bajo su fe, revistiendo también carácter de mención auténtica²⁴. Nada impediría lo que puede suceder en el ejercicio del notariado sobre la posibilidad de que unos lo lean por sí mismos y otros no. A nuestro criterio en tales circunstancias, el notario debería leer el instrumento a todos a la vez, igualmente dando fe de este particular. De modo que para algunos el documento sería leído dos veces. Empero, solo se podría prescindir de la lectura del instrumento por el notario, cuando todos lo hayan leído, si bien la Ley del Notariado parece imponer la lectura por el notario, como un requisito de solemnidad del instrumento (vid. artículo 29.2). Tómese en consideración que la lectura común para todos los partícipes en la audiencia notarial le es posible únicamente al notario, función insustituible e indelegable en cualquier otro de dichos partícipes.

²⁴ La Dirección de los Registros y del Notariado de España ha dicho en Resolución de 26 de abril de 1913 (Ref. El Derecho 1913/54) "*que la ley del Notariado exige expresamente á los Notarios que den fe de haber leído á las partes y á los testigos instrumentales la escritura íntegra ó de haberles permitido que la lean, á su elección, antes de que la firmen y á los de conocimiento lo que á ellos se refiera, y de haber advertido á unos y á otros que tienen el derecho de leerla por sí, y aunque pudiera creerse que huelgan las últimas palabras del artículo 25 de la ley del Notariado porque nadie está obligado á firmar lo que no le es permitido leer, y con tanto, todos tienen derecho á hacerlo del documento donde han de estampar su firma sin necesidad de que la ley lo dijera, ésta ha querido que conste claramente que se advirtió el derecho que tienen los otorgantes y testigos para mayor autenticidad del acto*" (Fundamento de Derecho 2º).

¿Cuándo procede entonces la lectura por el notario?

En el supuesto en que los comparecientes, testigos y demás intervinientes renuncien al derecho de leer por sí el documento (siguiendo la tesis que sostengo), o cuando unos ejercitan ese derecho y otros no. Ahora bien, ha de quedar esclarecido que si aquellos ejercitan el derecho en sentido positivo, el notario ha de dar fe de este particular, de modo que como argumenta Rodríguez Adrados "No basta permitirles que lo lean, sino que deben los interesados hacerlo, o realizar al menos una actividad tal que el Notario pueda racionalmente suponer que lo han leído, y afirmar después que lo han hecho"²⁵, con ello se evita la posterior viabilidad de la *exceptio schaedula non lecta*²⁶. Le compete a comparecientes, testigos y demás intervinientes decidir si leen por sí el documento o prefieren que lo haga el notario (lo más común por cierto), pero no prohibir la lectura por el notario, cuando ellos decidan no leer por sí el documento. En tales circunstancias éste lo leerá en defecto de aquellos, sin que se le franquee la posibilidad de renunciar. Quienes comentaron las reformas de 1967 al Reglamento Notarial español, expresaron sobre este particular, con gran acierto, que a los sujetos, distintos al notario, presentes en la lectura del instrumento "... se les defiere (...), una opción, pero es solamente entre leer por sí y no leer por sí; en este caso, imponen la lectura por el Notario"²⁷. Si bien, a diferencia de su homólogo español, el Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales de Cuba, supedita la lectura del documento por el notario, a la renuncia previa del resto de los interesados, por lo que el ejercicio en sentido positivo del derecho a leer el documento, sí que impediría en el actuar notarial cubano, la lectura por el notario autorizante.

²⁵ Rodríguez Adrados, A., "Formación del instrumento público...", *cit.*, p. 448.

²⁶ Contra la afirmación notarial y su mención documental de que se hizo la lectura, el consentimiento y la firma, no cabe la excepción de documento no leído, sino sólo la falsedad de la narración documental.

²⁷ Según expresa Rodríguez Adrados A., "Formación del instrumento público...", *cit.*, pp. 448-449, haciendo alusión a González Enriquez y García-Bernardo. Estos autores, sustentados en lo previsto en el artículo 193 del Reglamento Notarial, parten de una circunstancia distinta a la que se ofrece en el ordenamiento jurídico cubano, pero similar a lo que formula la Ley del Notariado nicaragüense, en el sentido de que los demás sujetos presentes en el acto de lectura no pueden impedir que el notario lea el documento, y para ello afirman que si bien los "comparecientes y testigos tienen derecho de leer el documento (...), el Notario también tiene derecho a leérselo; aquéllos (...) pueden imponer la lectura del Notario, pero no pueden impedirla porque, más allá de argumentos literales, solamente al Notario compete velar por la pureza del otorgamiento instrumental y, por tanto, es él quien tiene que decidir si se han dado o no las razonables condiciones para prescindir de su propia lectura cuando los interesados han elegido leer por sí el documento".

¿Cómo se hará la lectura por el notario?

Nada dispone la Ley del Notariado que, por el contrario, eleva a solemnidad la lectura por el notario del documento público, la manera en que esta deba practicarse. Suele ser y la lógica así lo impone, ser en voz alta. En el ordenamiento jurídico cubano, así lo dispone el artículo 35, primer párrafo, del Reglamento notarial, particular del cual hará constancia el notario en el documento. La voz debe proyectarse, de tal forma, que todos y cada una las personas sitas en la audiencia notarial, puedan escuchar clara y diáfananamente cada cláusula leída. El notario ha de leer además de manera pausada, con firmeza y con las inflexiones necesarias, de modo que permita un entendimiento cabal de lo que se lee. Ha de tratarse de una lectura explicativa, comprensible, operativa, del contenido íntegro del texto. Con esa finalidad ha de adaptarse al nivel de instrucción de comparecientes y testigos. Solo así éstos, al tiempo de firmar el documento, quedarán debidamente enterados de su contenido.

¿Qué se leerá?

El contenido íntegro del documento notarial, “todo el documento”, según el dictado del artículo 29.2 de la Ley del Notariado.

¿A quiénes se les leerá?

Como ha quedado expresado, la lectura por el notario, se realiza en la audiencia notarial a los comparecientes, testigos y demás intervinientes del documento, en unidad de acto. En este sentido el artículo 29.2 de la Ley del Notariado no es modélico en su formulación. Nada técnica resulta la expresión empleada, cuando fija como destinatarios de la lectura “a los interesados, en presencia del número de testigos que corresponda a la naturaleza del acto”. No se trata de cualquier interesado, sino de quienes concurren como comparecientes, y respecto de los testigos no es que la lectura se haga simplemente de manera tangencial o coyuntural en presencia de ellos, sino que también son destinatarios, pues para concurrir como testigo y firmar el documento notarial, tiene que estar enterados, como presupuesto lógico y jurídico, del contenido de lo instrumentado. De igual modo ha de estar dirigida aquella al resto de los concurrentes, como pudieran ser intérpretes o peritos que auxilien al notario en el acto de otorgamiento y autorización del instrumento.

En consecuencia, para que prospere la nulidad al amparo de este motivo, tendría que probar quien impugna el instrumento público, la ausencia del dato fáctico de la lectura del instrumento. Así, en el caso fallado a través de la Sentencia de 21 de mayo de 1925 de la Corte Suprema de

Justicia, no se logró probar tal extremo, de modo que la Sala, en fallo adverso al recurrente, dispuso: "...consta del texto de la misma escritura objetada, que fue leída por el notario, íntegramente, a las otorgantes y que éstas la aprobaron, todo ante los testigos instrumentales que aparecen, y que, escrito a continuación el agregado, fue igualmente leído a las mismas otorgantes y apoderado por ellas, en presencia de los mismo testigos, completándose así, en actos sucesivos e inmediatos, la lectura de todo el instrumento, que es lo que exige el No. 2º del artículo 29 de la Ley del Notariado, por lo que no existe la nulidad alegada, que se hace consistir en defecto de forma, por omisión de esas solemnidades exigidas por la ley" (Ref. B.J. pp. 5013-5014).

g- La ausencia de firma de los comparecientes, intérpretes, testigos según el caso y del notario autorizante (vid. artículo 29.3º).

La firma es el lazo que une al firmante con el documento en que se pone, es el nexo entre la persona y el documento. Esta no necesita ni ser nominal, si ser legible. Como expresa Rodríguez Adrados: "los documentos, en efecto, no suelen indicar mediante la firma quién es su autor (ni quiénes son las demás personas que en ellos intervienen), sino que lo hacen en su encabezamiento (inscriptio, praescriptio), o en el cuerpo del documento"²⁸. La firma tiene que ser documental y personal, o sea, ha de ser puesta en el documento por el firmante en persona. Esta idea – comenta el propio autor- suele expresarse como "manuscritura", o sea escritura hecha por la propia mano del suscribiente, pero esta rígida formulación tiene que extender sus horizontes a cualquier "grafia" que se ponga en el documento por el firmante mismo, ya que lo que subyace en este requisito es la actuación del signante mismo en el documento²⁹. La firma es la exteriorización de la aquiescencia, la expresión gráfica de la asunción de paternidad del negocio instrumentado. Como dijera Del Vecchio: "constituye el punto de confluencia de la actividad negocial y de la actividad documental".³⁰

La II Jornada Notarial de Córdoba, Argentina, celebrada en agosto de 1975 declaró que la firma: "son los caracteres idiomáticos mediante los cuales en forma manuscrita, de una manera particular y según el modo habitual, una persona se individualiza y expresa su voluntad y

²⁸ Rodríguez Adrados, Antonio, "La firma electrónica", en *Revista de Derecho Privado*, diciembre, 2000, p. 927.

²⁹ *Idem*, pp. 927-928.

³⁰ Del Vecchio, *cit. pos* Rodríguez Adrados, A., "La firma...", *cit.*, p. 928.

asentimiento en los actos sometidos a esa formalidad”³¹. Para Pelosi *“constituye una objetividad del consentimiento, el que no es necesario en las actas, en las cuales resulta suficiente expresar conformidad con lo narrado en ellas”*³².

Sostiene Bolás Alfonso, que: *“... la firma tiene una doble función: como forma de identificación de la persona que la pone; y como expresión de la conformidad o aprobación del contenido del documento en que se pone”*³³.

Precisamente en el otorgamiento, tras la lectura del instrumento público, las partes deben prestar su consentimiento al contenido de éste (escrituras públicas) o su aquiescencia con lo dicho y narrado por el notario (actas), lo cual el fedatario público hace constar expresamente en el instrumento y debe materializarse mediante la firma.

La formalidad de la firma viene establecida en el artículo 29.3 de la Ley del Notariado, precepto que quedó modificado por la redacción atribuida por el artículo 2 de la Ley de 28 de mayo de 1913, respecto del orden en que deben estamparse las firmas en los documentos notariales. Eso sí, la firma debe ser indeleble, como todo el contenido del documento (vid. artículo 152 del Reglamento Notarial español). No cabe la posibilidad de que sean sustituidas por facsímiles u otras formas de reproducción. Aunque, en principio, supone la escritura peculiar de los nombres y los apellidos, ésta puede revestir diferentes modalidades como abreviaciones, síntesis, composiciones personalísimas. Como ha dicho la Resolución de la Dirección de los Registros y Notariado de España de 25 de marzo de 1908 (Ref. El Derecho 1908/1) *“...por obedecer la formación de la firma á reglas, costumbres y prácticas que, aunque basadas en el estado civil del firmante, son diferentes en cada nación y en cada orden del derecho, no puede admitirse en absoluto la afirmación (...) de que cuando se habla de firma, en general, se indica la compuesta de nombre y apellido (...)”*.

De lo expuesto se colige que la firma del notario forma parte de la autorización del documento, entendida ésta – al decir de Pérez Fernández del Castillo –, el acto de autoridad del notario que constituye al documento en auténtico, dotándolo de eficacia jurídica, pleno valor probatorio y fuerza ejecutiva³⁴. Es el acto del creador del instrumento.

³¹ Según refiere Pelosi, C. A., “El documento...”, *cit.*, pp. 226-227.

³² *Idem.* p. 227.

³³ Bolás Alfonso, Juan, “Firma electrónica, comercio electrónico y fe pública notarial”, en *Revista Jurídica del Notariado*, N° 26, octubre-diciembre, 2000, p.40.

³⁴ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Derecho Notarial*. 7ª edición, Porrúa, México, 1995, p. 327.

Con la firma, el notario aprueba o acredita la formalización, legalidad y veracidad del acto, contrato o circunstancia que contenga la escritura, equivale a la autorización del instrumento notarial, luego, la ausencia de firma del notario, implicaría la ausencia de autorización notarial por lo que decaería la eficacia jurídica del documento, que tendría valor de documento privado, pero no así de público, al carecer de la fe pública conferida por el funcionario fideifaciente³⁵. Este ha sido, por demás, el criterio seguido por la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua que en el primer Considerando de su Sentencia de 13 de septiembre de 1927, (Ref. B.J. p. 6097), dispuso: "... que (la) escritura es ineficaz para justificar el contrato de cesión de derechos hereditarios en la sucesión de la señora..., por carecer dicha escritura de la firma del notario, requisito indispensable para su validez, conforme el Artículo 29 inc. 3° de la Ley del Notariado; por manera que la Honorable Sala de sentencia procedió correctamente al declarar su nulidad, aunque ésta no haya sido objeto de debate, porque según el artículo 2204 C., cuando la nulidad absoluta consta de autos, los jueces y Tribunales están en la obligación de declararla de oficio".

Similares efectos podría tener la ausencia de firma de los comparecientes, testigos, cuando se requirieren, y demás concurrentes. La ausencia de este requisito, trae aparejada la nulidad del instrumento. Para Pérez Fernández del Castillo la exteriorización de voluntad del acto o negocio se concreta por medio de la firma o la huella digital, en su caso, su ausencia, ocasiona la inexistencia tanto del negocio como del instrumento³⁶. Al comentar el artículo 34.3° de la Ley del Notariado de Puerto Rico, los profesores Urrutia de Basora y Negrón Portillo, tras hacer referencia al caso Sucesión Santos vs. Registrador 108 D.P.R. 831 (1979), exponen que se trata de infracciones a la gestión notarial que no pueden convalidarse, la firma es un requisito esencial del instrumento por estimarse que ello conlleva una aprobación del texto escrito que antecede, consecuentemente la omisión de la firma invalida el otorgamiento³⁷.



³⁵ Vid. Pérez Fernández del Castillo, B., *Derecho...*, cit., p. 144.

³⁶ Pérez Fernández del Castillo, B., *Derecho...*, cit., p. 143.

³⁷ Vid. Urrutia de Basora, Cándida Rosa y Luis Mariano Negrón Portillo, *Curso de Derecho Notarial Puertorriqueño*, tomos 1 y 2, 1ª edición, s. Ed., San Juan, 1997, pp. 136-137.

3.4. Nulidad en razón de que las partes del negocio instrumentado, tengan vínculo parental (dentro de los grados determinados por la ley) o conyugal con el notario autorizante. Supuestos de excepción.

Según el artículo 43.4º de la Ley del Notariado, a los notarios les está prohibido “Autorizar escrituras a su favor o en favor de sus descendientes, ascendientes, cónyuges o colaterales dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de su mujer ilegítima, según el artículo 2372 del Código Civil”, a cuyo tenor: “Son de ningún valor los actos de cartulación autorizados por un notario o funcionario público en asunto en que él, su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, fueren personalmente interesados; pero si los interesados lo fueren sólo por tener parte en sociedades anónimas, o ser gerentes o directores de ellas, el acto será válido, lo mismo que cuando todos los interesados fueren parientes del cartulario dentro de dichos grados, y él no tenga en el acto interés alguno”. Cabe argüir que similares preceptos aparecen contenidos en cuerpos legales homólogos de otros ordenamientos jurídicos³⁸ cuyo empeño lo es, evitar a toda costa comportamientos imparciales del Notario, en tanto pudiera quedarse en entredicho la ética del notario autorizante. A mi juicio, el legislador, sobre la base del principio de conservación del instrumento, dada la excepcionalidad que la nulidad tiene, debió prever la posibilidad de una nulidad parcial y no total, en aquellos supuestos en los cuales solo existe una cláusula o determinadas cláusulas que favorecen al notario, a sus parientes o al cónyuge, no así el resto de las cláusulas contenidas en el instrumento, cuya eficacia ha de ser incólume. En aras de atemperar la norma a la realidad social, resulta improcedente cualquier referencia a la “mujer ilegítima” del notario, posición además discriminatoria para el género femenino.

Adpero, en todo caso la Corte Suprema de Justicia ha sido muy cautelosa en admitir pretensiones nulificantes del instrumento público por este motivo. Así, en su Sentencia de 21 de diciembre de 1934 (Ref. B. J. p. 8844) advierte: “... la ley, en los Artículos 43 L. del N. y 2372 C. no ha querido referirse a un interés oculto o dudoso, sino a un interés claro y

³⁸ Esta misma posición han adoptado también otras legislaciones como la Ley Orgánica del Notariado de España en sus artículos 27.2º y 28, la Ley del Notariado costarricense, bajo los efectos de la anulabilidad a instancia de parte, según artículos 92 y 93, y la Ley puertorriqueña del Notariado en su artículo 34.2º, en relación con el artículo 5, este último precepto en su inciso b) ofrece la salvedad de que cuando se tratare de disposiciones hechas en el documento a favor de los parientes del notario en los grados prohibidos, no surtirán efecto alguno, o sea se tendrán por no puestas, conduciendo a una nulidad parcial.

manifiesto, de tal suerte que de él resulte con toda evidencia una ventaja para el Notario que sea suficiente para poner en duda su imparcialidad. El interés debe ser actual y derivarse de una cláusula o estipulación del acto o contrato que constituya por sí sola un título de crédito a favor del Notario o de las personas indicadas, tomándose en cuenta que las disposiciones de la ley que crean incapacidades o que tienden por sus efectos a anular actos, deben estar sujetas a una aplicación restrictiva". En tanto en la de 17 de agosto de 1935 (Ref. B. J. p. 9048) ha dejado sentado que: "No es nula la escritura de venta autorizada por un Notario, aunque se alegue que éste tenía interés en que el vendedor le pagara un crédito a su favor, pues el interés debe ser actual y derivarse del acto o contrato mismo".

Cabe reseñar que lo trascendente es el parentesco o la relación de conyugalidad existente en relación con las partes del negocio a instrumentar, no respecto de quienes comparezcan al documento notarial. Son las partes, y no siempre los comparecientes, los titulares de los intereses materiales en juego en el acto o negocio jurídico documentado.

4. La nulidad documental desde una óptica de *lege ferenda*

Es cierto que los teóricos del Derecho acostumbramos a exigir a los legisladores, más de lo que éstos, por razón de la labor que desempeñan, pueden ofrecer. Los profesores de Derecho usualmente somos críticos con los hacedores de las normas legales. No se olvide que el Derecho es expresión de la política y suelen ser los políticos los que hacen el Derecho positivo, dejando a un lado muchas veces la más depurada técnica jurídica o los postulados científicos más modernos, frutos de la elaboración dogmática de la academia jurídica.

Como un observador del Derecho Notarial nicaragüense me cabe significar la necesidad de que las normas legales que sustentan esta materia se atemperen a los avatares de una sociedad moderna, capaz de ofrecer cobertura legal a las más disímiles transacciones jurídicas que el tráfico en masas hoy exige a los operadores del Derecho. Normas que en su lenguaje y en su propia redacción incorporen términos más acordes con la doctrina notarialista de la presente centuria, sin perder en lo más mínimo las raíces autóctonas que informan las costumbres y tradiciones propias.

No escapa a este fenómeno el lado oscuro de la eficacia del documento público notarial, a saber: el de sus patologías y, en primer orden, el de su nulidad que conlleva precisamente a su ineficacia. Por ello compete

al legislador la necesidad de sistematizar las causas de nulidad instrumental, sin perder de vista el carácter excepcional que la nulidad reviste, dada la finalidad que el instrumento público notarial comporta en toda sociedad. Conciérne al legislador notarial sistematizar las causas de nulidad que afectan al plano del continente, distinguiendo entre nulidad total y nulidad parcial, esta última como expresión del viejo adagio *utile per inutile non vitiatur*, y con ello del principio de conservación del documento, en tanto las cláusulas afectadas por nulidad documental, no tienen por qué extender o contagiar el “virus” padecido, a aquellas que tienen por se eficacia independiente, de modo que la nulidad de las primeras no atente contra la finalidad del negocio escriturado, entendido éste en su integridad y tras la aplicación del canon de la totalidad en su interpretación. La nulidad instrumental ha de tener su sede en la Ley notarial y para ello ha de ser presupuesto que la impugnación en sede judicial del documento público, requiere la intervención del notario autorizante, permaneciendo a buen recaudo la interposición de la excepción de falta de estado en el proceso, en tanto no queda válidamente constituida la relación jurídica procesal con su ausencia. No se olvide que el notario es el autor del instrumento, cuya paternidad le es imputable, una vez da fe del cumplimiento de todas las formalidades legales y con su firma, lo autoriza.

Corresponde también al legislador notarial determinar la posibilidad de que la acción impugnatoria sea prescriptible o no, en tanto en la ley de procedimiento o enjuiciamiento civil se deberá delimitar el tribunal competente para conocer los litigios que en torno a la impugnación de los documentos públicos notariales puedan derivarse.

Mientras tanto, compete a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia seguir trazando las líneas maestras en la interpretación y aplicación de esta centenaria Ley del Notariado, expresión, sin duda, del devenir del Derecho nicaragüense, en su afán de dar protección y seguridad al tráfico jurídico, y que ha posibilitado la ductibilidad de esta ya longeva norma, en aras de atemperarla a las nuevas circunstancias económicas y sociales impuestas en este siglo XXI.

BIBLIOGRAFÍA

1. Fuentes doctrinales

Bolás Alfonso, Juan, "Firma electrónica, comercio electrónico y fe pública notarial", en *Revista Jurídica del Notariado*, N° 26, octubre-diciembre, 2000; Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, Introducción. Teoría del Contrato, 4ª edición, Civitas, Madrid, 1993; Doldán Aristizábal, Ricardo A., "Nulidad de escritura que carece de la firma de alguna de las partes. Su subsanación", en *Revista del Notariado del Colegio de escribanos de la ciudad de Buenos Aires*, año CIII, octubre-diciembre 2000; Egea Ibáñez, Ricardo, "Nulidad del instrumento público. Sus clases. Valor del documento notarial nulo por defecto de forma. Subsanación de errores. Falsedad del instrumento público" en *Revista La Notaría del Colegio de Notarios de Cataluña*, N° 3, marzo 1998; Emérito González, Carlos, *Teoría general del instrumento público*, Ediar editores, Buenos Aires, 1953; Gattari, Carlos Nicolás, *Manual de Derecho Notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1997; Giménez-Arnau, Enrique, *Derecho Notarial*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1976; González, Carlos Emérito, *Teoría General del Instrumento Público*, Ediar, Buenos Aires, 1953; Hinestrosa, Fernando, "Ineficacia del acto notarial y del negocio jurídico", en *Infolios*, N° 24, octubre-diciembre 1978; Pelosi, Carlos A., *El documento notarial*, Editorial Astrea, 3ª reimpresión, Buenos Aires, 1997; Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Derecho Notarial*, 7ª edición, Porrúa, México, 1995; Prada González, Joaquín de, "Función notarial y protocolo", separata de los *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXIX, 1990; Rivas Martínez, Juan José, *El Testamento Abierto otorgado ante Notario después de la Ley de 20 de diciembre de 1991*, 1ª edición, Dykinson, Madrid, 1993; Roberto Muñoz, Nery, *Introducción al estudio del Derecho Notarial*, s. Ed., Guatemala, 1994; Rodríguez Adrados, Antonio, "Formación del instrumento público. Validez, eficacia y libre circulación del negocio jurídico así documentado, incluso en las relaciones de Derecho Internacional Privado", en *Estudios Jurídicos III*, Consejo General del Notariado español, Madrid, 1996, "La firma electrónica", en *Revista de Derecho Privado*, diciembre, 2000; Tamayo Clares, Manuel, *Temas de Derecho Notarial*, 5ª edición, Ilustre Colegio Notarial de Granada, Granada, 2001; Urrutia de Basora, Cándida Rosa y Luis Mariano Negrón Portillo, *Curso de Derecho Notarial Puertorriqueño*, tomos 1 y 2, 1ª edición, s. Ed., San Juan, 1997.

II. Fuentes legales

Código Civil de la República de Cuba, Ley N° 59/1987 de 16 de julio, vigente desde el 13 de abril de 1988, Divulgación del MINJUS, La Habana, 1988; Código Civil de la República de Nicaragua, 4ª edición, Editorial Jurídica, s. l., 1999; Ley de las Notarías Estatales, Ley N° 50/1984 de 28 de diciembre, editada por el Ministerio de Justicia, mayo de 1986 y su Reglamento contenido en la Resolución 70 / 1992 de 9 de junio del Ministro de Justicia; Ley Orgánica del Notariado español, Ley de 28 de mayo de 1.862, Gaceta de Madrid del 29 de mayo y su Reglamento, Decreto de 2 de junio de 1944 en, base de datos El Derecho, Editores, Legislación 1, Actualización 2-2004; Código Notarial de Costa Rica, Ley N° 7764/1998 de 17 de abril, preparado por Herman Mora Vargas y Jaime Weisleder Weisleder, Editorial Investigaciones Jurídicas, S. A., San José, 1999; Ley Notarial ecuatoriana, DS 1404, RO 158, 11 de noviembre de 1996, s. Ed., Corporación de Estudios y Publicaciones, 1997; Código del Notariado de Guatemala, Decreto N° 314/1946 de 10 de diciembre, Librería Jurídica Guatemala, 2003; Ley del Notariado de la República de Nicaragua anexa al Código de Procedimiento Civil de 1 de enero de 1906, con normas relacionadas, sentencias y consultas de la Corte Suprema, edición a cargo de Aníbal Arturo Ruíz Armijo (en formato PDF); Ley Notarial de Puerto Rico, Ley N° 75/1987 de 2 de julio, en <http://www.lexjuris.com/notaria/lexleynota.htm>, consultada el día 22 de abril del 2004.